

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
CLAUSE D'ATTRIBUTION
DANS LES
VENTES SUR LICITATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 25 Juin 1912, à 4 heures 1/2

PAR

DE MOISSAC MAYER DALMBERT

Président : M. CAPITANT, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
CUQ, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
CLAUSE D'ATTRIBUTION

DANS LES
VENTES SUR LICITATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 25 Juin 1912, à 4 heures 1/2

PAR

DE MOISSAC MAYER DALMBERT

Président : M. CAPITANT, professeur.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur.
CUQ, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA

CLAUSE D'ATTRIBUTION

DANS LES

VENTES PAR LICITATION

INTRODUCTION

De tous temps, des droits ont été perçus à l'occasion des actes de la vie civile ; mais, ce n'est en réalité qu'en 1581, que, par un édit de Henri II, fut créé l'enregistrement proprement dit, sous le nom de « contrôle ».

Ce nouvel impôt, qui allait peser si lourdement sur l'ensemble de la population, était justifié dans l'édit par une noble pensée : ses rédacteurs, en effet, invoquaient la nécessité « de régler et remettre ce qui a esté altéré, tant en l'ordre de la justice que police, faire cesser les fraudes, procez, faulsetés, conventions, dont plusieurs ont cy-devant usé à la ruine d'aucuns nos subjects, procédant les dits différens d'une infinité de faulsetez qui se sont commises et se commettent chaque jour aucun notaires et ta-

bellions de notre royaume es actes et contrats qu'ils passent et reçoivent... »

Envisagée dans ce but, cette nouvelle institution ne pouvait être que favorablement acceptée par l'opinion publique ; c'était une garantie contre certaines fraudes, et elle était destinée à diminuer les procès innombrables qui avaient lieu chaque année entre contractants.

Malheureusement, le but avoué n'était qu'apparent, et ce nouvel impôt était uniquement destiné à augmenter les ressources du Trésor, ainsi que cela résulte du texte même de l'édit «Et les deniers en provenant, employez tant à partie du paiement de gens de guerre, estant à nos garnisons, et villes, et frontières et aultres dépenses pour le bien et la conservation de l'Etat ». Aussi, bientôt, le point de vue civil du « contrôle » fut totalement négligé et cette institution ne fut plus considérée que comme une mesure fiscale.

Depuis cette époque, les tarifs des droits d'enregistrement ont considérablement augmenté, et ils sont actuellement une lourde charge qui pèse sur le contribuable. Nous n'avons pas la prétention de soutenir que cette institution devrait être rendue à son véritable but, il serait difficile de se passer, à cette époque où les budgets sont établis avec tant de peine, d'une ressource annuelle de plusieurs centaines de millions. Mais nous regrettons que le tarif

ne soit pas en proportion du service rendu et que les sommes perçues ne soient pas en quelque sorte le salaire des fonctionnaires préposés à ce service.

L'élévation progressive du droit fiscal a conduit à un résultat déplorable : elle a multiplié les procès en augmentant le nombre des actes sous seings privés, en forçant les parties à recourir à des subtilités ou à des obscurités qui sont la source de nombreuses contestations. C'est à cet ordre d'idée qu'a obéi la pratique en insérant dans le cahier des charges des licitations la clause dite d'attribution. Cette clause est une création des notaires en réponse aux prétentions de la régie : elle est destinée à résister aux exigences croissantes de l'administration soutenue par une jurisprudence que rien ne justifie.

C'est l'étude de cette clause, tant en droit fiscal qu'en droit civil, que nous nous proposons de faire. Notre travail se divisera en trois parties.

Dans la première partie, nous étudierons le régime fiscal de la licitation dans l'ancien droit et sous l'empire de la législation moderne ; la seconde partie traitera de la clause d'attribution dans ses rapports avec le droit civil, et la troisième partie, de la clause d'attribution dans ses rapports avec le droit fiscal.

PREMIÈRE PARTIE

Régime fiscal de la licitation.

Nous avons jugé utile, avant d'étudier la clause d'attribution proprement dite, de faire un exposé historique rapide du régime fiscal de la licitation. Nous traiterons cette partie de notre travail, sans lui donner aucun développement critique ; notre intention n'étant pas d'élargir le cadre de notre étude, mais de mettre mieux en lumière, par un exposé du développement et de la transformation du droit et de la jurisprudence, les raisons qui amenèrent les praticiens à insérer dans le cahier des charges des licitations la clause d'attribution.

Cette première partie se subdivisera en deux chapitres : le premier traitera de la licitation dans l'ancien droit, et le second, de la licitation sous le régime de la loi du 22 frimaire an VII.

CHAPITRE PREMIER

ANCIEN DROIT

Dans la période antérieure à la réformation des coutumes, le droit était tout imbu des principes du droit romain, qui ne voyait, dans les opérations de partage, que des ventes ou des échanges, aussi la licitation ou « vente aux enchères d'une chose commune à plusieurs ne pouvant être partagée commodément et sans perte » était-elle purement et simplement assimilée à la vente; et même dans l'espèce toute particulière où l'un des colicitants était déclaré adjudicataire, la licitation était traitée comme une vente ordinaire et donnait ouverture au droit de lods; et ce droit était perçu non seulement sur les portions de ses copropriétaires, mais encore sur la sienne propre. Tirant argument de l'article 55 de la coutume qui assujettit les ventes au droit de lods pour la totalité du prix; le co-licitant adjudicataire, disait-on, doit payer même pour sa portion qui n'est pas moins que les autres comprise dans l'adjudication. Poquet

de Livonnière (Liv. III, chap. VI, sect. 5), écrit que c'était là l'opinion commune.

Mais bientôt, sous l'influence des différentes théories doctrinaires sur l'effet déclaratif du partage en matière civile, et surtout sous l'influence dominante et décisive de Dumoulin, l'idée que le partage n'a rien en soi de translatif et qu'il ne peut constituer un titre de propriété se dégage, l'on admet que les héritiers tiennent leur droit du défunt lui-même par l'effet de la saisine héréditaire : « Le mort saisit le vif. » Un revirement complet se dessine alors dans la jurisprudence et par un arrêt du 2 avril 1538, rapporté par Dumoulin (chap. LXXVIII, Gl. I, n° 174) le parlement décida que le droit de lods n'était dû que sur les portions acquises. Et cette décision intervint pourtant dans une espèce quelque peu défavorable ; car des étrangers avaient été admis à la licitation, et Dumoulin lui-même pensait, avant d'avoir à donner son avis sur ce procès, que l'admission d'étrangers donnait à l'opération un caractère de vente volontaire qui entraînait la perception du droit de mutation *sicut in mera venditione*.

Malgré tout, cette décision, qui admettait le principe de la perception de l'impôt sur les parts acquises, ne satisfaisait pas entièrement Dumoulin ; elle ne cadrerait pas, en effet, avec son opinion sur les partages, d'après laquelle les copartageants sont censés tenir leur droit du défunt lui-même.

Un nouveau procès donna bientôt à Dumoulin l'occasion de développer sa théorie exemptant complètement d'impôts toutes licitations au profit d'un copartageant. Une maison indivise entre un seigneur et un censitaire ayant été mise en vente, le censitaire s'en rendit acquéreur. Le droit de mutation était-il dû ? Dumoulin, consulté, répondit que l'acquisition par le copartageant de la part de l'autre valait partage pour le tout. Par un arrêt du 27 mai 1569, le parlement de Paris adopta cette solution (1).

« Cette matière ayant été éclairée, dit Poquet de Livonnière déjà cité, on jugea que le cohéritier adjudicataire ne devait les lods et ventes ni pour sa part, ni pour celle de ses cohéritiers parce que ces droits féodaux ne sont dus que pour les contrats de vente et non pour les actes de partage ; que, dans la licitation, l'intention des parties n'est pas de vendre mais de partager. C'est ce qui fut arrêté dans la réformation de la coutume de Paris en l'année 1560, par l'article 80. » La coutume dispose, en effet, que : « Si l'héritage ne se peut partir entre les cohéritiers et se licite par justice et sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux ; mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur en doit vente. »

Il ne faut pas croire que ces dispositions mirent

(1) PrévotEAU, *Du régime fiscal des partages*.

fin immédiatement aux controverses ; la rédaction même de la coutume permit encore aux officiers fiscaux du roi d'avoir certaines prétentions à la perception de l'impôt pour le cas où la licitation avait lieu bien que l'immeuble licité soit susceptible de division ; mais il ne rentre pas dans le cadre de notre travail de nous attarder à l'étude de ces détails. Qu'il nous suffise de signaler que la jurisprudence mit fin aux prétentions de l'administration.

Après la coutume de Paris, la plupart des coutumes admit cette solution ; seules quelques coutumes déroatoires, restant fidèles aux principes du droit romain, continuèrent à soumettre aux droits seigneuriaux les soultes et licitations (Orléans, Lorris, Nivernais, Tours).

Toutefois, cette exemption d'impôt pour la licitation ne fut pas aussi complète que les doctrinaires l'eussent désiré : si la coutume adoptant les principes de la jurisprudence du parlement dispensa la licitation de tous droits féodaux, cette exemption ne fut que partielle et ne fut pas étendue aux impôts royaux de contrôle et d'insinuation ou centième denier.

Le droit de contrôle fut créé, ainsi que nous l'avons vu dans notre avant-propos, par un édit d'Henri II de 1581, et ne le fut, quels que soient les motifs avoués, que dans un but purement fiscal. Il ne s'appliquait à cette époque qu'aux actes en la forme no-

tariée, mais Louis XIV, voyant quelle source de produits il était susceptible de fournir, l'étendit, par un édit de 1705, à toute une catégorie d'actes sous seings privés, décidant que tout acte de cette nature qui serait produit en justice devrait être enregistré.

L'insinuation, au contraire, reposait sur une idée d'ordre public et avait fonctionné pendant assez longtemps dans l'intérêt des particuliers ; mais les dépenses croissantes de la royauté, dues aux guerres ruineuses de Louis XIV, eurent pour effet également de faire convertir l'insinuation en instrument fiscal ; l'édit de décembre 1705 (art. 24), frappa d'un nouveau droit les mutations de fiefs ou censives en créant comme salaire de la formalité d'insinuation le centième denier. Et le partage, qui, jusque là, avait été épargné en raison des théories que nous avons rappelées, fut lui-même assujetti à ce droit. L'article 6 de la déclaration du 20 mars 1708, soumet, en effet, au centième denier : « les licitations de biens-fonds sans distinction de titres des propriétaires. » L'édit de 1708 rejetait donc toutes les solutions acquises si péniblement par la doctrine et la jurisprudence et soumettait la licitation au droit du centième denier ; et il la tarifait non pas en qualité de vente, mais en qualité de licitation, estimant qu'entre deux cohéritiers il pouvait fort bien y avoir acquisition.

Il ne faut pas trop s'étonner de cette différence de

traitement entre les droits féodaux et les impôts royaux.

Les profits féodaux faisaient partie du droit civil coutumier, et étaient appliqués en dernier ressort par les parlements qui cherchaient à en restreindre le plus possible l'application, alors que le centième denier faisait partie du droit fiscal, relevait des tribunaux administratifs, était appliqué par le conseil du roi qui visait à tirer le plus grand parti possible de l'impôt.

Ce souci fut si grand, que des difficultés furent soulevées sur l'application même de l'article 6 de l'édit de 1708 : en effet, en tarifant la licitation, entendait-on revenir aux errements des doctrines antérieures à l'arrêt du 2 avril 1538 ? Entendait-on que le centième denier porterait sur la totalité du prix du bien licité, sur la part du colicitant aussi bien que sur celle de ses cohéritiers ? Ou bien ne porterait-il seulement que sur le prix des parts acquises ?

La rédaction de l'édit de 1708 permettait cette discussion ; il employait le terme général de licitation. Le fisc, bien entendu, ne manqua pas de soutenir la doctrine qui lui était favorable ; malheureusement il eut contre lui l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence ; sa prétention fut donc irrémédiablement condamnée. « Si les biens sont adjugés à un copropriétaire, il faut distraire sa portion parce qu'il ne se fait de mutation à son égard que du surplus ;

encore bien qu'il ait été admis des étrangers à enchérir, cela ne change rien à l'essence de l'acte qui ne produit de mutations effectives que des portions dont l'adjudicataire n'était pas propriétaire..... Le droit de centième denier est toujours dû des portions acquises par une licitation, soit qu'elle soit faite entre cohéritiers en ligne directe ou en ligne collatérale.... (Bosquet, *Dictionnaire de domaines*, v° *Licitation*).

Tel était, dans l'ancien droit, le régime fiscal de la licitation.

CHAPITRE II

DROIT MODERNE

La loi du 22 frimaire an VII, adoptant les solutions consacrées par l'édit du centième denier, dispose dans son article 69, § 5, alinéa 6, que sont soumis aux droits proportionnels de 4 % « les parts et portions indivises des biens immeubles acquises par licitation ».

Pour mettre fin aux controverses soulevées par la rédaction de l'édit de 1708, la loi de frimaire an VII a substitué les mots « parts et portions acquises » à celui de licitation.

Mais quelles que soient les précautions prises par le législateur pour éviter les difficultés d'interprétation, il est bien rare qu'il n'ait pas laissé place à discussion et à procès. Aussi la loi de frimaire devait-elle donner lieu, comme les précédentes dispositions législatives, à des différends entre l'administration et les contribuables.

La loi de frimaire an VII, faisant une juste application de la déclarativité du partage, ne l'avait assujetti

qu'à un droit fixe de 3 francs et soumis « les parts et portions acquises » au droit proportionnel de 4 francs.

Qu'entendait le législateur par les mots de « parts et portions acquises » ? Entendait-il par là ce que l'adjudicataire pouvait acquérir au delà de sa part dans la masse des biens à partager ou bien simplement ce qu'il acquérait au delà de sa part dans le lot à lui adjugé ; et le droit de 4 % devait-il être perçu uniquement sur ce qui excédait ses droits dans la succession ou bien sur ce qui excédait ses droits dans le bien dont il s'était rendu acquéreur.

Après de nombreuses décisions qui jetaient plus ou moins de doute dans le système de perception, la régie avait fini par reconnaître que les parts acquises tarifées par le législateur s'entendaient de ce qui était acquis au delà de la part virile dans la masse à partager, et, en vertu de ce principe, décida que, lors d'une licitation entre cohéritiers, elle devait, pour l'établissement de l'impôt à percevoir, déduire du lot adjugé à chaque colicitant non la part qu'il avait dans ce lot, mais celle qu'il avait dans la masse héréditaire. Et elle décida même que toutes les sommes qui auraient été indûment perçues et contrairement aux principes établis pourraient être restituées aux contribuables qui en feraient la demande.

Telles furent les solutions admises par les instructions de la régie des 27 mars 1830 et 30 juin 1833. Ce

système, qui aurait dû certainement être définitif, ne fut pourtant appliqué que jusqu'en 1835 ; en effet, le tribunal civil de la Seine, par un jugement du 23 juillet 1834, sans égard pour les principes posés par l'administration elle-même, décida que le droit devait être perçu sur chaque licitation partielle, comme sur un acte indépendant, en considérant, comme part acquise, tout ce qui excède le droit de l'adjudicataire dans l'immeuble licité, et sans que les droits perçus puissent être, en aucune façon et pour quelque cause que ce soit, restitués.

Par une instruction de 1835, l'administration déclara, bien entendu, adopter cette solution si favorable à ses intérêts : « Les préposés doivent prendre pour règles, que la perception, faite lors de l'enregistrement des actes de licitations sur ce qui, dans le prix d'adjudication consentie à l'un des cohéritiers ou copropriétaires, excède sa portion virile dans les immeubles licités, est définitive et irrévocable et ne peut devenir sujette à restitution par l'événement d'un partage ultérieur. »

La jurisprudence devint alors incertaine, elle se trouva partagée entre deux systèmes : certains tribunaux suivirent l'administration dans son nouveau système ; d'autres, au contraire, les plus nombreux, s'en tinrent aux instructions de 1830 et 1833 ; le tribunal civil de la Seine lui-même, par deux jugements en dates des 13 août 1834 et 1^{er} avril 1835,

adopta le système qu'il avait précédemment condamné.

C'est alors que, pour mettre fin à ces incertitudes, la cour de cassation fut appelée à trancher la question et, par un arrêt du 28 janvier 1840, consacra définitivement les prétentions de l'administration : La cour, vu l'article 69, alinéa 7, n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII, « attendu que, à l'époque où l'acte de vente dont-il s'agit a été présenté à l'enregistrement, il n'existait aucun acte de partage qui attribuât à M^{me} D... tel ou tel immeuble à vendre dans la succession L..., dont elle était héritière pour un quart ; que, dans ces conditions, elle n'avait droit, en qualité d'héritière qu'à un quart dans chacun des immeubles encore indivis faisant partie de la dite succession, qu'elle était donc redevable du droit proportionnel sur les trois autres quarts du prix de l'immeuble qu'elle a acquis... »

La cour de cassation admet donc que le droit proportionnel de 4 % est dû sur tout ce qui excède la part de l'adjudicataire colicitant dans le bien licité. Mais la rigueur de cette décision fut malgré tout atténuée ; la cour de cassation, en effet, établit une distinction, pour la perception du droit proportionnel, entre le cas où la licitation est présentée seule à l'enregistrement et le cas où elle est présentée en même temps que l'acte de partage.

Dans la première hypothèse, la cour suprême, res-

tant fidèle à la solution rapportée plus haut, continua à décider que l'effet déclaratif ne se produisait que jusqu'à concurrence de la part virile du colicitant enchérisseur dans le bien, « peu importe, disait-elle, que le prix de l'adjudication soit inférieur au montant des droits de l'adjudicataire dans la masse commune, puisque la loi fiscale établit la perception sur les actes considérés en eux-mêmes, abstraction faite des événements ultérieurs » (Cassation, 1^{er} décembre 1840, S., 41, 1, 958).

Au contraire, la cour de cassation décida que si la licitation était présentée en même temps que l'acte de partage qui attribue à l'héritier adjudicataire pour le remplir de ses droits, l'excédent de sa part dans le prix, il n'y a lieu qu'à la perception du droit proportionnel réduit auquel sont soumis les partages entre propriétaires, parce que la licitation est considérée « comme un acte d'exécution du partage », et se confond avec lui dans une seule et même opération.

Ce fut là la seule concession admise par la jurisprudence qui resta constante en ce sens. Prétendant que l'article 883 du code civil, d'après lequel chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement aux objets à lui échus par la licitation, n'était point applicable en ce qui concerne le droit fiscal, régi par une législation spéciale, elle continua à décider que le cohéritier adjudicataire sur licitation ne pouvait être affranchi du droit proportionnel sur les parts

acquises de ses cohéritiers qu'en justifiant, lors de l'enregistrement du procès-verbal d'adjudication, qu'un partage a fait entrer dans son lot ce qui excède sa part dans le prix des immeubles à lui adjugés. (Arrêt du 5 mars 1855, D., 55, 1, 95 ; 12 mars 1870, S., 70, 1, 210). Et la cour est aussi rigoureuse que possible dans l'application des principes qu'elle a posés. Le partage, en effet, doit être définitif, et, dans le cas où l'homologation est nécessaire, la cour exige, pour que le droit de 4 % ne soit pas exigible, que le partage présenté soit homologué (Jurisprudence constante de la cour de cassation : 30 mai 1866, D. P., 66, 1, 210 ; 20 décembre 1869, D., 70, 1, 189 ; 12 mai 1870, D. P., 70, 1, 225).

Il ne rentre pas dans le cadre de notre travail de faire l'étude de ces différentes décisions, mais qu'il nous soit permis, malgré tout, de signaler qu'à notre sens, ces solutions se justifient difficilement.

L'on ne comprend guère, en effet, pourquoi la présentation simultanée de la licitation et de l'acte de partage peut changer le système de perception d'impôt, et en quoi l'attribution de son prix à un colicitant dans l'acte de partage, peut, au point de vue fiscal, influencer sur la nature de la licitation elle-même. La cour croit avoir résolu la difficulté en déclarant que la licitation était un acte « d'exécution du partage ». Comment un acte d'exécution de partage peut-il précéder le partage lui-même ?

Quoi qu'il en soit, c'est en présence de ces solutions, que se trouvent les praticiens, ils doivent donc s'y soumettre, et, s'ils veulent éviter le paiement du droit de 4 %, présenter simultanément la licitation et le partage à l'enregistrement.

Mais c'est ici, précisément, qu'apparaît le vice du système consacré par la cour suprême. En effet, le jugement d'adjudication doit être enregistré dans les vingt jours de l'adjudication et le procès-verbal d'adjudication dans les dix ou quinze jours, suivant que le notaire réside ou non au lieu où est établi le bureau d'enregistrement ; or, si le partage est quelque peu important, il est impossible qu'il soit terminé à temps et encore moins homologué. Il s'en suit que la présentation simultanée à l'enregistrement des deux actes de licitation et de partage se trouve, le plus souvent, irréalisable, et que le droit doit être perçu sur tout ce qui excède les droits de l'adjudicataire colicitant dans le bien licité.

C'est pour résister à ces exigences de l'administration, que les notaires et les avoués ont été amenés à insérer, dans le cahier des charges des licitations, la clause dite d'attribution, formulée ainsi : « Si les feux s'éteignent sur une enchère portée par l'un des copropriétaires vendeurs, il ne sera pas déclaré adjudicataire, mais le fait seul de l'extinction des feux, constaté par le procès-verbal d'enchères, vaudra engagement de sa part, comme de la part de ses co-

propriétaires et copartageants, d'en accepter et d'en faire l'attribution dans le partage définitif des biens indivis entre eux, pour la somme indiquée au dit procès-verbal. »

C'est l'étude de cette clause, tant au point de vue du droit civil qu'au point de vue du droit fiscal, qui fera l'objet de nos deuxième et troisième parties (1).

(1) Pour exposer entièrement le régime fiscal de la licitation, nous devrions dans cette partie étudier également les conditions d'exigibilité du droit de transcription pour la licitation. Mais nous préférons reporter l'exposé sommaire de ces principes à la fin de la troisième partie de notre travail, où nous aurons à nous occuper de l'effet de la clause d'attribution sur l'exigibilité du droit de transcription.

DEUXIÈME PARTIE

De la clause d'attribution en droit civil.

Les praticiens, en insérant dans le cahier des charges des licitations, la clause dite « d'attribution », ont ouvert le champ aux discussions juridiques ; l'emploi de cette clause, en effet, soulève de graves questions de droit civil ; et les notaires et avoués ont été obligés de reconnaître eux-mêmes qu'elle ne devait être employée qu'avec une grande prudence.

C'est à l'étude de ces différentes difficultés de droit civil que sera consacrée notre deuxième partie.

DE LA VALIDITE DE LA CLAUSE D'ATTRIBUTION

L'une des premières questions qui doivent nécessairement se poser, est certainement celle de savoir si cette clause est valable, et si elle peut être insérée dans un cahier des charges, sans entraîner une nullité.

Pour la licitation amiable, il ne nous semble pas qu'un doute sérieux puisse exister : les parties majeures et maîtresses de leurs droits sont libres de procéder au partage dans les formes et sous les conditions qu'il leur plaît ; elles peuvent donc soumettre la licitation des immeubles aux conditions qui leur paraissent les plus favorables.

La clause d'attribution ne peut entrer dans la catégorie des clauses illicites ou contraires aux bonnes mœurs qui seraient de nature à entraîner la nullité de la convention ; et d'autre part, les parties peuvent toujours convenir que la mutation de propriété sera reportée à une date postérieure à l'adjudication ; nous nous prononçons donc pour la validité certaine

de notre clause et c'est, du reste, la solution adoptée implicitement par la jurisprudence qui n'en a jamais contesté la validité dans les licitations amiables.

Pour les licitations judiciaires, la question est beaucoup plus délicate ; bien que jamais les tribunaux n'aient eu directement à se prononcer sur la validité de la dite clause, ils l'ont malgré tout à plusieurs reprises reconnue implicitement (Tribunal civil de Nantes, 26 février 1901, *Revue de l'Enregistrement*, n° 2.684 ; Lille, 18 juillet 1902, *Revue du Notariat*, n° 11.086 ; Saint-Brieuc, 7 décembre 1904, *Répertoire périodique* de Garnier, n° 10.922 ; Guingamp, 7 décembre 1904, *Revue de l'Enregistrement*, n° 5.299 ; Falaise, 18 janvier 1911, *Revue de l'Enregistrement*, n° 5.999, *Journal de l'Enregistrement*, n° 28.196). Les décisions de la jurisprudence ne nous paraissent pas édictées par une juste interprétation des textes et de l'intention des parties ; nous allons exposer les raisons qui nous semblent devoir faire rejeter ces solutions. Examinons d'abord la question pour les licitations dans lesquelles aucun mineur n'est intéressé.

La matière des partages et licitations fait l'objet d'un chapitre spécial du code de procédure civile qui détermine très exactement les formalités à suivre (articles 966 à 985) et il nous semble qu'aux termes de l'article 975 une adjudication soit absolument nécessaire ; d'autre part, le partage judiciaire a lieu en

exécution d'un jugement qui a ordonné la licitation ; le jugement a donné au notaire mandat de prononcer une adjudication, il doit donc la prononcer. Pour toutes ces raisons de formes, il nous semble que la licitation judiciaire ne permet pas l'insertion d'une clause d'attribution dans le cahier des charges.

Les partisans de la validité de notre clause ne font du reste valoir aucun argument en faveur de leur opinion et ne répondent absolument rien à nos objections.

Toutefois, puisque seules des questions de formalité nous amènent à cette solution rigoureuse, et que ces règles de forme n'ont aucun caractère d'ordre public, nous pensons que, quand les parties sont toutes majeures et maîtresses de leurs droits, il suffira dans la demande en compte-liquidation et partage, que les notaires ou avoués aient pris soin de demander au tribunal l'autorisation d'insérer la dite clause dans le cahier des charges et que le tribunal ait fait droit à la demande, pour que les raisons qui nous ont fait condamner l'emploi de la clause d'attribution n'existent plus et qu'elle produise ses effets.

La rigueur de notre opinion est encore atténuée, car l'insertion de la clause d'attribution dans le cahier des charges des licitations, lorsque toutes les parties sont majeures et jouissent de leurs droits civils, n'entraîne pas nécessairement la nullité du cahier des charges ; nous pensons, en effet, que la présence dans

ces conditions de notre clause constitue une renonciation à la forme judiciaire du partage ; lorsque des copartageants acceptent un cahier des charges contenant clause d'attribution, leur intention est, d'après nous, d'abandonner la forme judiciaire trop coûteuse pour revenir à la forme plus simple du partage amiable ; l'on ne pourrait faire prononcer la nullité qu'en combattant victorieusement cette présomption de renonciation. Nous ne voyons donc là qu'une application de l'article 985 du code de procédure civile, aux termes duquel, « lorsque tous les copropriétaires ou tous les cohéritiers seront majeurs, jouissant de leurs droits civils, présents ou dûment représentés, ils pourront s'abstenir des voies judiciaires ou les abandonner en tout état de cause et s'accorder pour procéder de telles manières qu'ils aviseront ». C'est là la solution qui a été adoptée par le tribunal de Rennes dans un jugement du 10 mars 1908 (*Répertoire Dufrénois*, n° 15.835) : « Attendu, dit-il, qu'aux termes de l'article 985 du code de procédure civile, les parties majeures et libres de leurs droits ont la faculté, en tout état de cause, d'abandonner les voies judiciaires et de s'accorder pour procéder de telles manières qu'elles aviseront ; que la convention ci-dessus rapportée, par laquelle les colicitants déclaraient vouloir profiter du bénéfice de l'attribution, n'était donc que l'exercice du droit résultant pour elle de l'article susvisé ; que les termes de la clause rédigée par le notaire sont pré-

cis, clairs, ne donnent lieu à aucune interprétation et qu'il en résulte que les immeubles ont été mis en vente sous une condition à la connaissance de tous, condition licite convenue entre majeurs ». Un jugement de Carpentras du 2 décembre 1903 (*Revue de l'Enregistrement*, n° 3.625) avait déjà donné la même solution en décidant « que la clause dont s'agit a enlevé à la procédure son caractère de vente judiciaire, en ne permettant pas l'adjudication de l'immeuble en vente ».

Nous n'avons encore envisagé que l'hypothèse d'une licitation dans laquelle ne sont intéressés que des parties majeures et maîtresses de leurs droits ; la présence de mineurs nous met en face de principes de droit civil encore plus rigoureux. Le code de procédure civile consacre un chapitre spécial à la vente des biens de mineurs et détermine très minutieusement les conditions dans lesquelles ces ventes peuvent avoir lieu.

Nous retrouvons donc les arguments que nous avons exposés pour les licitations judiciaires entre majeurs ; mais ces arguments nous paraissent encore plus décisifs ; en effet, si pour des questions de forme, nous avons cru dans les licitations judiciaires entre majeurs, devoir contester la validité intrinsèque de la clause d'attribution, nous avons eu soin de faire remarquer que toutes les formalités prescrites par le code pour les partages et licitations ne présentaient aucun caractère d'ordre public et qu'il était donc

possible, dans une certaine mesure, d'employer notre clause : il suffisait d'en obtenir l'autorisation du tribunal.

La situation est-elle la même en présence de mineurs intéressés au partage ? Les formalités légales prennent alors un caractère impératif contre lequel le pouvoir du tribunal ne peut rien faire : il ne peut, en effet, autoriser des formes illégales. L'emploi des formalités judiciaires s'impose du moment qu'il y a des copartageants incapables, alors même qu'ils prétendraient ou qu'il serait prétendu en leur nom que les mineurs ont intérêt, par exemple, au point de vue des frais, à partager à l'amiable.

Nous avons vu que l'emploi de notre clause dans les licitations judiciaires impliquait l'intention des parties de renoncer aux formes judiciaires du partage ; la présence de mineurs rend certainement impossible cette renonciation. S'il est de jurisprudence constante que les copartageants même en présence de mineurs peuvent insérer dans le cahier des charges les clauses qu'ils jugent convenables si elles ne lèsent pas les mineurs qui sont parties dans l'instance, encore faut-il que les clauses ne soient pas contraires aux lois : et la clause d'attribution devient une véritable clause illégale dans les licitations où sont intéressés des mineurs puisqu'elle a pour but d'éviter certaines formalités imposées par la loi.

Le Journal des Notaires et des Avoués, dans son

numéro 27.989, traitant la question de la clause d'attribution, soutient que, même en présence des mineurs la clause d'attribution peut être employée et doit produire tous ses effets. Malheureusement pour cette façon de voir, ce journal se contente d'affirmer son opinion sans l'appuyer d'aucun argument, quant à nos objections, il en reconnaît la valeur, mais n'y répond pas : « quelle que soit la valeur de ces objections, nous ne pensons pas, dit ce journal, que la validité de cette clause puisse être contestée à la condition que, conformément à l'article 457 du code civil, son application ait été autorisée par le conseil de famille, et que la délibération en soit homologuée par le tribunal. Ce qui importe, en effet, c'est que l'intérêt des mineurs ait été sauvegardé ; c'est ainsi que les tribunaux reconnaissent la validité de la clause même en présence de mineurs. (Tribunal civil de Nantes, 28 février 1901, *Journal du Notariat*, n° 27.589 ; Tribunal civil de Reims, 1890, *Journal du Notariat*, n° 24.677.)

Avant d'examiner l'argument de l'autorisation du conseil de famille auquel les principes posés ci-dessus ont déjà en partie répondu, signalons que la jurisprudence invoquée par le *Journal des Notaires et Avoués*, n'a nullement la portée que l'on semble vouloir lui donner. Ces deux jugements n'ont pas, en effet, eu à résoudre la question de la validité de notre clause ; du reste, aucun jugement n'a encore eu à le faire, ainsi que nous l'avons précédemment constaté.

Ces deux jugements ont été rendus en matière fiscale, et nous aurons l'occasion de nous occuper de leur solution dans notre troisième partie.

Malgré tout, il est juste de faire remarquer que ces deux solutions ont été rendues à l'occasion de licitations dans lesquelles la clause d'attribution avait été insérée, bien que des mineurs soient intéressés au partage. Mais la régie n'avait pas argué de la présence de mineurs pour contester la validité de notre clause, et le tribunal ne pouvait soulever cette question d'office. La question reste donc entière, et il est même à prévoir que, si la cour suprême avait à la solutionner, les raisons de droit que nous avons exposées, l'obligeraient à adopter notre opinion. En effet, les formalités de tutelle de l'article 457 du code civil, que le *Journal des Notaires et Avoués* a l'air de considérer comme une condition de nature à renverser notre système, n'a pas le poids que l'on voudrait lui donner.

L'article 457 du code civil détermine, à propos de l'administration du tuteur, les conditions auxquelles un tuteur peut soit emprunter au nom de son pupille, soit aliéner ou hypothéquer les immeubles ; il s'agit donc ici d'une vente amiable, qui doit être autorisée par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal ; alors que nous devons, pour notre sujet, nous placer dans l'hypothèse d'une licitation ordonnée par le tribunal, d'après les principes

posés par le code lui-même, et auxquels pas plus le conseil de famille que le tribunal ne peuvent déroger.

La jurisprudence nous fournit, cependant, une hypothèse dans laquelle le tuteur peut consentir à un partage amiable ; nous la signalons à titre documentaire, les conditions exigées ne devant se rencontrer que bien exceptionnellement ; il faut supposer qu'au cours d'un partage, il s'élève des contestations susceptibles de transaction ; dans ce cas, la cour de cassation a décidé (Cassation, 5 décembre 1887, D. P., 88, 1, 241), que le tuteur pouvait consentir, au nom de son pupille, à un partage amiable, conclu dans les formes et les conditions requises pour la transaction, c'est-à-dire avec autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal et avis favorable de trois jurisconsultes.

En exécution d'une transaction intervenue dans ces conditions, il se pourrait donc qu'un cahier des charges d'une licitation à laquelle des mineurs soient intéressées contienne valablement notre clause.

Hormis donc cette hypothèse bien invraisemblable, l'insertion de la clause d'attribution dans un cahier des charges, a pour effet, aux termes mêmes de la jurisprudence, d'entraîner la nullité. La cour de cassation décide, en effet, que la vente d'immeubles d'un interdit ou d'un mineur, consentie par un tuteur sans l'accomplissement des formalités prescrites, est nulle

et n'est pas seulement sujette à rescision (Cassation, 25 mars 1861, D. P., 61, 1, 202).

En résumé, il nous semble que pour faire une stricte mais juste application des textes, l'on doit décider que la clause d'attribution produit tous ses effets dans les licitations amiables, que, dans les licitations judiciaires entre majeurs, elle peut être employée, mais indique l'intention de renoncer à la forme judiciaire du partage, et qu'enfin, dans les licitations avec mineurs, l'on ne peut pas l'employer sans vicier d'une nullité toute la procédure.

DE LA SURENCHÈRE

Nous nous sommes gardé, dans nos précédentes explications, de parler de la surenchère, et d'en faire un argument pour notre théorie, préférant ne pas mélanger les questions et examiner à part les difficultés que la surenchère peut soulever.

La surenchère est « l'acte par lequel on requiert la mise aux enchères d'un immeuble aliéné volontairement ou en justice, en offrant un supplément de valeur qui détermine la mise à prix, et à la charge de rester adjudicataire sur le pied de la somme offerte, s'il ne se présente pas d'enchérisseur (*Jurisprudence générale*, Dalloz, v° *Surenchère*).

Il y a lieu de distinguer la surenchère du dixième et la surenchère du sixième. La première est la surenchère dite « sur aliénation volontaire », elle est établie dans l'intérêt exclusif des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble ; l'autre est la surenchère sur expropriation forcée, elle est établie au profit de toute personne après adjudication. (Faisons remarquer que ces différentes dénominations ne sont pas rigoureusement exactes ; nous les empruntons

à Dalloz, et elles sont admises dans le langage usuel du droit ainsi que dans la pratique ; mais la surenchère sur aliénation volontaire et celle sur expropriation forcée s'appliquent aussi à des ventes qui n'ont pas le caractère exclusivement volontaire ou forcée que de semblables désignations pourraient indiquer. Le meilleur exemple que l'on puisse donner est l'objet même de notre étude, « la licitation », qui peut donner lieu également à la surenchère du dixième et à celle du sixième.

La surenchère du dixième, établie uniquement en faveur des créanciers hypothécaires inscrits, ne peut pas soulever de grandes difficultés dans la question qui nous occupe. Le cohéritier adjudicataire est le plus souvent un continuateur de la personne du défunt ; il est responsable des dettes *ultra vires hereditatis* ; la procédure de purge n'aura pas lieu et les créanciers hypothécaires n'auront pas à surenchérir. Quoi qu'il en soit, dans les cas où il peut y avoir lieu à surenchère du dixième, en cas d'acceptation bénéficiaire, par exemple, la clause d'attribution insérée dans le cahier des charges ne peut en rien être un obstacle à l'exercice du droit de surenchère ; la surenchère du dixième a pour objet d'éviter la fraude au préjudice des créanciers hypothécaires, et de permettre à l'immeuble d'atteindre son véritable prix : elle est donc établie contre les propriétaires de l'immeuble. Une convention de ces derniers ne peut avoir

pour effet de priver du bénéfice de la surenchère, ceux au profit de qui elle a été instituée par la loi elle-même ; le droit de surenchère n'est que l'exercice du droit hypothécaire, le débiteur hypothécaire ne peut donc restreindre l'étendue de ce droit hypothécaire. Aussi, la solution ne peut faire aucun doute : chaque fois qu'il y aura lieu à surenchère du dixième, le créancier hypothécaire peut la former sans avoir à craindre que l'insertion de la clause d'attribution ait pu diminuer l'étendue du droit que la loi lui donne. Seule, l'intervention à l'acte de tous les créanciers hypothécaires inscrits pourrait supprimer la surenchère du dixième.

La surenchère du sixième, au contraire, se présente d'une toute autre façon. Si elle peut profiter aux tiers, puisqu'elle leur est permise, si elle peut profiter également à tous les créanciers chirographaires, puisqu'elle permet de faire vendre l'immeuble au maximum de sa valeur, elle est surtout établie au profit des vendeurs eux-mêmes, comme garantie contre la fraude et la surprise (1).

La surenchère du dixième intervient dans des conditions spéciales, aucune adjudication n'a besoin

(1) La surenchère du dixième n'est pas une garantie spéciale offerte plus particulièrement aux créanciers chirographaires, puisque la vente volontaire rend plus que toute autre la fraude possible, et pourtant elle ne donne pas lieu à la surenchère du dixième.

d'être prononcée pour qu'elle puisse être formée ; l'acheteur, dans la vente volontaire, par exemple, se contente d'offrir le prix aux créanciers hypothécaires, et si ces derniers le trouvent insuffisant, ils peuvent, par une déclaration de surenchère, obtenir une nouvelle mise en vente à un prix supérieur.

Au contraire, l'article 973 du code de procédure civile, traitant de la licitation, déclare : « Dans les huit jours de l'adjudication, toute personne pourra surenchérir d'un sixième du prix principal. » Il semble donc, d'après ces termes mêmes, qu'une adjudication soit nécessaire pour que la surenchère du sixième puisse être formée ; or, la clause d'attribution a précisément pour effet d'éviter l'adjudication ; nous estimons, en conséquence, que la clause d'attribution est un obstacle à la surenchère.

Le *Journal des Notaires et Avoués* (n° 27.989), toujours fidèle à son système, soutient énergiquement qu'il est possible de former une surenchère du sixième même en présence d'une clause d'attribution. « L'article 975, dit-il, dispose expressément que la surenchère peut toujours se produire dans les licitations judiciaires ; or, si dans l'hypothèse proposée il n'y a pas eu adjudication prononcée, les formalités essentielles de la licitation n'en ont pas moins été observées, des enchères ont eu lieu jusqu'à extinction des feux, et elles ont donné une base à la surenchère. La décision du tribunal de Douai du 30 juillet 1902,

admettant que, du moment qu'il n'y a pas eu adjudication, par voie de conséquence, la surenchère ne peut être formée, n'est pas, pour ce journal, absolument décisive, puisqu'il y a eu mise aux enchères en vertu d'un jugement, et que la valeur de l'immeuble a été déterminée par ces enchères mêmes. Encore bien que, selon la volonté des parties, il n'y ait pas eu adjudication prononcée, cela n'empêche pas, dit-il, que la dernière enchère ait fixé le chiffre auquel la surenchère devait s'élever, puisque c'est au chiffre de la dernière enchère qu'a été faite l'attribution. »

Tout en reconnaissant la valeur de l'argumentation de nos adversaires, nous ne pouvons admettre leur solution et nous maintenons la nôtre. En effet, abandonnant l'interprétation des textes, et recherchant simplement l'intention des parties, il nous semble qu'à ce point de vue encore, la surenchère du sixième soit impossible. Lorsque des copartageants consentent à insérer dans le cahier des charges la clause d'attribution, ils s'engagent, réciproquement, à comprendre au lot du dernier enchérisseur colicitant, l'immeuble licité pour la somme indiquée au procès-verbal, et le colicitant dernier enchériseur s'engage à prendre le dit immeuble dans son lot ; il résulte donc, de cette convention, que, si c'est un colicitant qui porte la dernière enchère, l'immeuble licité doit être mis dans son lot, et, en conséquence, toute surenchère devient impossible : l'insertion de la clause d'attribution cons-

titue donc, à notre avis, de la part des copartageants, une renonciation au bénéfice de la surenchère et seule une réserve de surenchère mentionnée dans le cahier des charges pourrait permettre de surenchérir.

C'est, du reste, en ce sens que s'est prononcé un jugement du tribunal de Rennes (déjà cité), du 10 mars 1908 : « Attendu qu'aucune réserve de surenchère n'a été insérée au cahier des charges ; que le seul fait de l'attribution, au profit de l'un des colicitants, dernier enchérisseur de l'immeuble, pour le montant de la dernière enchère, est exclusif pour les tiers, de surenchérir sur un immeuble qui doit, aux termes de la convention entre les parties, entrer dans la masse des biens à partager pour la somme indiquée au procès-verbal. »

Et les deux seuls jugements, rendus jusqu'à ce jour, admettant le principe de la possibilité de surenchérir, même en présence d'une clause d'attribution, ne peuvent être des armes contre notre opinion ; en effet, le jugement du tribunal de Nantes, du 28 février 1901, a été rendu dans une espèce où il y avait eu réserve de surenchère ; quant au jugement du tribunal d'Abbeville, du 15 octobre 1905 (*Répertoire Dufrénois*, n° 14.613), il semble être intervenu dans un cas où tous les colicitants n'étaient pas présents ou dûment représentés au cahier des charges : « Attendu, dit-il, que l'immeuble surenchéri a bien été mis en vente ; qu'en supposant opposable entre les colicitants la

clause précitée, il aurait au moins fallu qu'elle fût acceptée par tous les colicitants intéressés, et non par certains d'entre eux seulement, en l'absence de tous autres.... »

Nous avons même tout lieu de croire que, si tous les colicitants avaient participé à la confection du cahier des charges, cette dernière solution aurait été favorable à notre système.

Faisons enfin remarquer, en terminant l'étude de la surenchère, que cette question peut encore nous servir d'argument en faveur de la non-validité de la clause d'attribution dans une licitation où sont intéressés des mineurs ; dans cette espèce, la surenchère présente un caractère d'ordre public qui rend toute renonciation impossible.

DE LA NATURE DU DROIT DE L'ATTRIBUTAIRE AVANT LE PARTAGE

La lecture de la clause d'attribution indique clairement l'intention que les parties ont eu en la rédigeant : « Si les feux s'éteignent, dispose-t-elle, sur une enchère portée par un des copropriétaires vendeurs, il ne sera pas déclaré adjudicataire, mais le seul fait de l'extinction des feux, constaté par le procès-verbal d'enchères, vaudra engagement de sa part, comme de la part de ses copropriétaires et copartageants, d'en accepter et d'en faire l'attribution dans le partage définitif des biens indivis entre eux, pour la somme indiquée au dit procès-verbal. »

Il résulte nettement de cette clause, que les parties conviennent qu'aucune adjudication ne sera prononcée, et, en conséquence qu'aucune mutation de propriété n'aura lieu, si la clause d'attribution se réalise : cette convention constitue simplement un engagement réciproque d'attribuer dans le lot du dernier enchérisseur colicitant l'immeuble licité : il ne faut voir dans cette convention qu'une obligation de faire, qui, à défaut d'exécution, se résoudrait en dommages-

intérêts. La mise aux enchères n'a pour but que de déterminer, par l'effet de la concurrence, la valeur maxima de l'immeuble licité, et la transmission de propriété est reportée au moment où aura lieu le partage qui mettra fin, définitivement, à l'indivision. C'est certainement ainsi que, s'inspirant de la volonté des parties, il faut interpréter, tant en droit civil qu'en droit fiscal, la clause d'attribution.

Les tribunaux civils, appelés à statuer sur cette question, se sont prononcés pour ce système. « Attendu, dit un jugement du tribunal de Reims (*Répertoire Dufrénois*, n° 9.573), en date du 11 février 1890, que l'administration de l'enregistrement soutient, à tort, que la dame F... est devenue immédiatement propriétaire ; qu'en réalité, elle ne l'est devenue que par le fait de la liquidation, qui, conformément aux promesses intervenues, lui a attribué le dit immeuble ; attendu que, vainement encore, l'administration soutient que la clause du cahier des charges contient une promesse de vente, de la part des cohéritiers de la dame F..., et une promesse d'achat de la part de celle-ci.... Attendu, qu'il y a eu non pas promesse de vente, mais, ce qui est bien différent, promesse d'effectuer le partage d'une certaine façon ; qu'en effet, s'il y avait eu promesse de vente, cette promesse eût été réalisée par une vente ultérieure, tandis qu'ultérieurement, on a rien vendu, mais simplement attribué à la dame F... dans le partage, les immeubles promis. »

Nous pensons que c'est là le seul système vraiment juridique.

Cependant, nous avons contre nous l'autorité de la cour suprême qui, par un arrêt du 19 octobre 1903. (D. P., 1906, 1, 273 ; S., 1905, 1, 457), s'est prononcée dans un sens différent. Cet arrêt présentant un grand intérêt pour notre étude, nous croyons utile de rapporter, assez complètement, les conditions dans lesquelles il a été rendu : Un ordre avait été ouvert sur le prix d'immeubles licités et partagés et dont le cahier des charges contenait une clause d'attribution ; la licitation avait eu lieu, le 8 mars 1894, au profit d'un colicitant et le privilège des copartageants inscrit le 6 juillet 1894. Un créancier subrogé au privilège des copartageants, avait été colloqué dans l'ordre, au rang des créances privilégiées. Les autres créanciers contestaient cette collocation, prétendant que la mutation de propriété avait eu lieu le 8 mars 1894, que l'inscription du privilège n'avait pas été prise dans les délais légaux ; que le privilège dégénérerait donc en une simple hypothèque, ne produisant effet qu'à sa date. Le tribunal de Neuchâtel-en-Bray, fidèle aux précédentes solutions des tribunaux, décida, par un jugement du 24 janvier 1895, que la transmission de propriété ne s'opérait qu'au moment du partage, dans lequel l'immeuble licité était attribué au colicitant dernier enchérisseur ; et la cour d'appel

de Rouen, à laquelle cette solution fut soumise, accepta la même thèse.

« ...Attendu, dit-elle, que l'adjudication sur licitation est un contrat solennel qui, à la différence de la vente, ne devient parfait que par la prononciation du juge ou notaire commissaire,... et que, dans la réalité des faits, c'est le 12 mai 1894, que C..., un des colicitants, est devenu attributaire... qu'il n'est pas contestable, en présence des termes si explicites de l'acte de partage du 12 mai 1894, de l'intention ayant présidé à la rédaction de la clause du cahier des charges, qui avait précisément pour but d'éviter une mutation de propriété sur la tête d'un des colicitants, que le procès-verbal du 8 mars n'a pu faire cesser l'indivision, et que la transformation de la chose commune en une propriété exclusive ne s'est opérée que par la déclaration d'attribution proposée par le notaire au nom des colicitants et acceptée par Cressent... »

Pourvoi fut formé devant la cour de cassation pour violation des articles 2.103-3°, 2.109, 88, 1.589, du code civil, 954, 955, 957, 905, du code de procédure civile, et des principes qui régissent la vente des biens de mineurs, en ce que la cour a décidé que le délai de soixante jours pour inscrire le privilège des copartageants a couru, non à partir de l'adjudication sur licitation ou de l'acte mettant fin à l'indivision entre les cohéritiers des immeubles licités, mais seulement à partir du partage définitif de la succession. Et la

cour de cassation rejetant les principes posés par les précédentes décisions des tribunaux, cassa l'arrêt de la cour de Rouen, décidant que le délai d'inscription du privilège des copartageants, courait du jour même où avait eu lieu la licitation, décidant, en conséquence, que la transcription de propriété s'opérait ce jour-là : « Attendu, dit la cour suprême, qu'en présence de cette clause, l'arrêt dénoncé se fondait sur ce que l'adjudication sur licitation est un contrat solennel, qui, à la différence de la vente, ne devient parfait que par la prononciation du juge ou notaire commissaire... Mais, attendu que, quelle qu'ait été la formule employée dans le procès verbal, cet acte a, en réalité, pour effet immédiat de faire cesser l'indivision relativement aux immeubles, puisque Cressent acquérait définitivement un droit exclusif à la propriété moyennant un prix déterminé, et que ce droit n'était nullement subordonné à l'événement de la liquidation où devait être seulement fixée la part revenant à chacun dans le prix ; qu'en décidant le contraire.... l'arrêt dénoncé a méconnu le caractère légal et les effets juridiques du procès-verbal du 8 mars 1894 et violé l'article de la loi susvisé... »

Cet arrêt a été commenté dans la collection des Dalloz, par M. Loynes, professeur à la Faculté de Bordeaux, et dans la collection Sirey, par M. Wahl, le distingué professeur de la Faculté de Paris, et tous deux ont rejeté énergiquement le système établi par

la cour de cassation. Adoptant l'opinion des deux éminents professeurs, nous repoussons également la solution injustifiable de la cour suprême.

Cette interprétation se trouve, en effet, en opposition totale avec les faits et la volonté des parties ; or, la volonté des parties est souveraine quand, seuls, les intérêts des parties sont en jeu, et il est incontestable, ainsi que nous l'avons vu, que les parties peuvent convenir que l'attribution de l'immeuble licité sera retardée si c'est un colicitant qui porte la dernière enchère. La cour de cassation, du reste, n'examine pas la question en elle-même, elle se contente de rappeler un principe que nous ne contestons pas, d'après lequel les parties ne peuvent nuire aux tiers intéressés en enlevant à un acte, par de fausses qualifications, le caractère légal qui lui revient ; mais il s'agissait justement de déterminer la nature de l'acte.

La cour de cassation, en décidant, comme elle le fait, qu'il y a eu transfert de propriété moyennant un prix, reconnaît donc que l'indivision s'est dénoncée par une licitation, et elle se trouve en contradiction formelle avec une solution précédente. Elle déclare, en effet, dans un arrêt du 12 juillet 1870 (D.P., 71, 1, 17) : « Que, quelles que soient les expressions employées par les parties, elles n'ont pas entendu soumettre le domaine Fontaine à une licitation véritable... » et, plus loin, « que l'attribution ainsi faite au

plus offrant, n'était destinée à produire aucun des effets d'une licitation proprement dite. »

La cour de cassation aurait dû rechercher quelle avait été réellement l'intention des parties ; elles pouvaient ou bien procéder à une attribution immédiate mettant fin à l'indivision, ou bien retarder l'attribution jusqu'au moment du partage : il est bien certain que les parties ont voulu recourir au deuxième moyen. La cour de Rouen, du reste, est en partie responsable de l'arrêt de cassation, qu'elle aurait dû préparer en s'attachant à mettre mieux en lumière que, dans l'intention des parties, le transfert de propriété ne devait avoir lieu qu'au moment de la liquidation.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que cette solution doit être absolument rejetée, et nous nous arrêtons aux solutions antérieures de la jurisprudence. Pour nous, le transfert n'a lieu qu'au moment du partage et l'attribution nous apparaît, avant ce moment, comme un propriétaire sous condition suspensive ; il ne deviendra propriétaire, qu'au moment de la réalisation de la condition, c'est-à-dire si l'acte de partage contient bien l'attribution du dit immeuble dans son lot. Si les cohéritiers se refusaient à comprendre dans son lot le dit immeuble, il aurait contre eux une action en dommages-intérêts pour inexécution d'obligation et réciproquement les co-héritiers auraient une action en dommages-intérêts contre lui s'il se refusait à accepter l'immeuble.

La situation de propriétaire sous condition suspensive, dans laquelle se trouve avant la liquidation le colicitant dernier enchérisseur, est très difficile ; ce dernier, en effet, ne peut conclure aucun acte juridique sur cet immeuble dont il n'a qu'une propriété conditionnelle : il ne possède aucun titre de propriété et par conséquent il ne peut trouver à vendre, l'acquéreur se verrait exposé à l'éviction au cas où les cohéritiers se refuseraient à exécuter leur obligation ; il ne peut d'ailleurs trouver à hypothéquer, cette hypothèque serait également exposée à la résolution. Aussi, lorsque la licitation d'immeuble s'est faite dans ces conditions et qu'une clause d'attribution a été insérée dans le cahier des charges, est-il de l'intérêt des parties de terminer, dans le plus bref délai, les opérations de partage afin de ne laisser aucun droit en suspens.

Nous avons ainsi exposé les différentes difficultés de droit civil que la clause d'attribution est susceptible de soulever et nous en avons terminé avec notre deuxième partie.

TROISIÈME PARTIE

De la clause d'attribution en droit fiscal.

La clause d'attribution qui soulève, ainsi que nous venons de le voir, certaines difficultés de droit civil, fait naître également en droit fiscal, en vue duquel elle a été imaginée, différentes questions qui font l'objet de notre troisième partie, laquelle se subdivisera en cinq chapitres : le premier traitera des droits de mutation, le deuxième des droits de transcription, le troisième de la taxe judiciaire, le quatrième de la loi de 1884, le cinquième des droits de timbre.

CHAPITRE PREMIER

DES DROITS DE MUTATION

Nous avons exposé, dans notre première partie, les raisons fiscales qui décidèrent la pratique à recourir à l'emploi de la clause d'attribution pour éviter le paiement de droits excessifs.

Cette clause repose sur un principe de droit fiscal en vertu duquel les droits à percevoir sur un acte affecté d'une condition suspensive, ne sont perçus qu'à la réalisation de la dite condition.

Or, la clause d'attribution ayant pour effet de retarder la transmission de propriété jusqu'au moment de la liquidation, le droit ne doit être perçu qu'à cette époque, et l'attribution de propriété se faisant dans l'acte de partage, le droit proportionnel de 4 % ne doit être perçu que des parts acquises, telles qu'il en résulte de l'acte de partage soumis à l'enregistrement.

La clause d'attribution fut soumise pour la première fois en matière fiscale à la cour de cassation en 1870, et, par un arrêt du 12 juillet 1870 (D. P., 70, 1, 17), elle reconnût la validité et l'efficacité de cette clause,

et pourtant la dite clause était conçue dans des termes moins précis et moins nets que dans la rédaction que nous avons rapportée : la cour de cassation n'en a pas moins décidé que l'attribution, faite, entre héritiers, au plus offrant, d'un immeuble de l'hérédité constitue non une licitation passible du droit proportionnel de mutation, encore bien que l'opération ait été ainsi qualifiée par les parties elles-mêmes, mais un partage partiel en nature par voie de lotissement amiable, sujet au droit fixe seulement : « Attendu, dit la cour de cassation, que l'attributaire du lot n'était pas obligé au paiement d'un prix quelconque pour l'acquisition des parts indivises, qu'il était simplement obligé de prendre l'immeuble dans son lot pour la valeur qui serait déterminée par ses offres, et qui devait elle-même servir de base pour le lotissement des autres lots. »

Cette doctrine a été acceptée par la régie de l'enregistrement.

Elle a été également acceptée par la jurisprudence qui est restée constante en ce sens. (Tribunal civil de Reims, 11 février 1890, *Répert. Dufresnois*, n° 9.573 ; Tribunal civil de Nantes, 28 février 1901, *Revue de l'Enregistrement*, n° 2.684 ; Tribunal civil de Lille, 18 juillet 1902, *Revue du Notariat*, n° 11.086 ; Tribunal civil de Saint-Brieuc, 7 décembre 1904, *R. P.*, 10.922 ; Tribunal civil de Guingamp, 7 décembre 1904, *Revue de l'Enregistrement*, 3.771 ; Tribunal civil de

Falaise, 18 janvier 1911, *Journal de l'Enregistrement*, n° 28.196).

La décision du tribunal de Falaise intervient pourtant dans une hypothèse quelque peu défavorable : le cahier des charges de la licitation contenait la clause d'attribution, la dernière enchère fut portée par un colicitant et le notaire, au lieu d'exécuter la clause d'attribution, prononça une adjudication ; malgré cette adjudication prononcée à tort par le notaire, le tribunal de Falaise décida que le procès-verbal d'adjudication, qui constatait la réalisation de l'éventualité prévue, ne donne pas ouverture au droit de mutation, alors même qu'il prononce l'adjudication au profit du colicitant et que, dans le partage ultérieur, celui-ci est alloti, non pas de l'immeuble, mais du prix moyennant lequel cet immeuble lui a été adjugé.

Nous approuvons entièrement ce jugement comme le fait la *Revue de l'Enregistrement* qui le rapporte : puisqu'il est admis, sans aucune contestation, que la licitation, tranchée au profit d'un colicitant sous le bénéfice de la clause d'attribution, ne donne pas ouverture au droit de mutation parce qu'elle n'emporte pas transmission de propriété et ne constitue qu'une simple obligation, ce résultat se produit dès lors que le cahier des charges contient la clause dont il s'agit et que la dernière enchère est portée par un colicitant. Il importe peu que le notaire rédacteur de l'acte ait expressément prononcé l'adjudication, cette formule

inexacte ne pouvait prévaloir contre les termes formels du cahier des charges.

Pour faire produire à l'adjudication prononcée tous les effets réels de l'adjudication, il faudrait parvenir à prouver qu'en effet, les parties ont voulu renoncer au bénéfice de la clause d'attribution, qu'elles n'ont pas observé les conditions prévues pour les opérations. Mais dans l'espèce soumise au tribunal de Falaise, toutes les conditions ont été remplies conformément au cahier des charges : le notaire a seulement commis une faute en prononçant une adjudication, et la renonciation au bénéfice de notre clause ne peut résulter de la seule circonstance que, dans le partage ultérieur des biens indivis, le colicitant dernier enchérisseur a été attributaire du prix des immeubles enchéris, et non de ces immeubles eux-mêmes. On peut fort bien interpréter cette expression comme une attribution des immeubles pour le prix atteint par la dernière enchère, mais c'est vraiment aller loin que d'y voir une dérogation aux clauses du cahier des charges régissant les conditions de l'adjudication.

Les tribunaux se montrent donc très larges dans l'interprétation de la volonté des parties qui insèrent la clause d'attribution dans un cahier des charges : continueront-ils dans cette voie ? Nous avons le droit de nous poser cette question devant la solution tant critiquée, que la cour de cassation a adoptée dans son arrêt du 19 octobre 1903.

La clause d'attribution avait permis de ne payer le droit proportionnel de 4 % que sur les parts acquises dans la masse à partager ; mais pour que la dite clause continue à jouer, faut-il encore continuer à admettre qu'elle a pour effet de retarder la transmission de propriété jusqu'au moment de la liquidation.

Nous avons vu que la cour de cassation avait décidé au contraire que le colicitant dernier enchérisseur acquérait, du jour où il avait porté la dernière enchère, un droit exclusif sur l'immeuble. N'est-ce pas là reconnaître que la transmission de propriété a lieu au jour fixé pour la licitation ; et si l'on soumettait à nouveau à la cour de cassation la question de la perception du droit de mutation, ne serait-elle pas amenée, par voie de conséquence, à rejeter la solution admise par elle en 1870.

Faisons remarquer en terminant ce chapitre que souvent le cahier des charges contenant une clause d'attribution dispose que l'attributaire aura la jouissance de l'immeuble à partir du jour de la licitation ; nous pensons, dans cette hypothèse, que l'administration de l'enregistrement est fondée à percevoir le droit de bail de 0 fr. 20 %.

CHAPITRE II

DES DROITS DE TRANSCRIPTION

La perception du droit de transcription sur une licitation a soulevé de nombreuses contestations entre l'administration et les contribuables ; c'est une des matières les plus délicates du droit fiscal, et la jurisprudence elle-même est très hésitante dans l'application de ses principes.

Nous croyons utile d'exposer sommairement ces règles de perception du droit de transcription pour examiner quel peut être l'effet de la clause d'attribution sur la perception de ce droit. Mais nous nous garderons, afin de ne pas nous écarter par trop de notre sujet, d'examiner la question si discutée de savoir si la licitation doit mettre fin entièrement à l'indivision pour que l'effet déclaratif se produise et que le droit ne soit pas dû. (Voir les arrêts de cassation du 21 mai 1895, D. P., 1, 9 ; 12 mars 1900, D. P., 1901, 1, 521, S., 1900, 1, 369, et la note de M. Wahl).

La loi du 21 ventôse an VII, article 25, soumet au droit additionnel de transcription « tous actes empor-

tant mutation d'immeubles », et d'autre part la loi du 28 avril 1816 décide dans son article 54 que : « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté d'un et demi pour cent et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel ».

La licitation doit-elle être comprise parmi ces actes ? Il semble qu'aux termes de l'article 883 du code civil posant le principe de l'effet déclaratif du partage, la licitation ne devrait pas être considérée comme translatrice de propriété et par conséquent exempte du droit de transcription.

Mais d'après une jurisprudence constante et bien établie, il est décidé que l'adjudication sur licitation d'un immeuble héréditaire au profit d'un colicitant donne ouverture au droit de transcription par le seul fait que l'adjudicataire n'est pas tenu *in infinitum* des dettes grevant l'immeuble et se trouve ainsi admis à purger, sans que l'on puisse objecter que l'acte faisant cesser l'indivision jouit de l'effet déclaratif.

C'est ainsi que la cour de cassation a admis par un arrêt du 17 mai 1909 (D. P., 1909, 1, 521), que l'adjudication au profit d'un héritier bénéficiaire colicitant rendait exigible le droit de transcription, parce que l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu sur ses biens personnels et peut avoir intérêt à procéder à la purge des immeubles à lui adjugés sur licitation, il n'est à l'égard des créanciers inscrits qu'un tiers détenteur.

La cour de cassation a donné la même solution à propos du légataire particulier (arrêt du 28 décembre 1897, S., 98, 1, 145). Ce dernier, en effet, n'ayant pas la saisine héréditaire, ne continue pas la personne du testateur et doit purger les hypothèques qui peuvent grever, du chef de ce dernier, la part dont le légataire s'est rendu acquéreur. Une décision analogue a encore été rendue par la cour suprême, le 12 mai 1897 (S., 98, 1, 193), à propos d'un légataire universel en concours avec des héritiers à réserve. Elle a décidé que l'adjudication d'immeuble de l'hérédité au profit d'un légataire universel est de nature à être transcrite et passible du droit parce que le légataire universel en présence d'héritiers à réserve ne continue pas la personne du défunt.

M. Wahl, dans son *Traité du droit fiscal* (tome I^{er}, n^{os} 692 et 700), cite en plus des hypothèses ci-dessus rapportées le cas de l'adjudication faite au profit d'un grevé ou appelé de substitution.

D'après le système adopté par ces arrêts, les mots employés par la loi de ventôse, « emportant mutation de propriété immobilière », ne doivent donc pas être entendus d'une manière restrictive; comme ils ont pour but de régler le droit de transcription, il faut les entendre dans un sens qui s'accorde avec l'objet de la transcription qui est de purger les hypothèques. Il en résulte que les actes emportant mutation dans le sens de la loi de ventôse ne sont pas seulement des actes

translatifs, selon l'acception rigoureusement absolue de ce mot, « mais que la définition s'étend indistinctement à tous les titres de propriété qui permettent à un nouveau possesseur de revendiquer la qualité de tiers détenteur (*Jurisprudence générale*, Dalloz, v^o *Transcription*). Ce sont donc là les « actes de nature à être transcrits dont parlent les articles 52 et 54 de la loi du 28 avril 1816.

Mais s'il suffit que l'acte, même sans avoir aucun caractère translatif, soit de nature à être purgé pour que le droit de transcription soit dû, l'on doit nécessairement être amené à en conclure que l'acte de partage, qui attribue à un coindivisaire, non obligé personnellement des dettes, des immeubles indivis, rend également exigible le droit de transcription. Les mêmes raisons qui ont fait admettre l'exigibilité de ce droit pour l'héritier bénéficiaire, le légataire particulier et le légataire universel non saisi, se retrouvent dans cette dernière hypothèse. Du reste, cette théorie a été soutenue par certains auteurs (Wahl, *Traité de droit fiscal*, tome I, n^{os} 692 et 700, et note sous Cassation, 9 décembre 1890, S., 91, 1, 421, al. 3). Mais jamais l'administration n'a été jusqu'à cette déduction extrême, elle a toujours considéré le partage comme exempt de droit de transcription, quelle que soit la qualité du communiste.

Ces principes étant posés, il en résulte que, quand

un immeuble héréditaire sort de l'indivision par son attribution intégrale à un successeur qui n'est pas tenu des dettes *ultra vires hereditatis*, qui ne continue pas la personne du défunt, la question de la perception du droit de transcription dépendra de la forme de l'acte qui mettra fin à l'indivision : si cet acte a le caractère d'une vente ou d'une cession, aux termes de la jurisprudence, l'exigibilité du droit de transcription est certaine ; au contraire, si l'acte prend la forme d'un partage, c'est l'exemption de ce droit.

Quel peut être l'effet de la clause d'attribution sur la perception du droit de transcription ? Les principes que nous venons de déduire de la jurisprudence, nous donnent la solution : l'attribution, faite à un communiste, d'un immeuble indivis, en exécution de la dite clause, constitue-t-elle une vente ou un acte de partage ? Là, est toute la question ; or, nous avons établi, dans notre deuxième partie, qu'à notre avis, la transmission de propriété ne s'opérait pas au jour des enchères, mais au jour de la liquidation, c'est-à-dire dans l'acte de partage, l'acte contenant le transfert de propriété étant un acte de partage ; il résulte de tout ce que nous venons de dire, qu'aucun droit de transcription ne peut être perçu, même si l'attribution est faite au profit d'un héritier bénéficiaire, d'un légataire universel non saisi, d'un légataire particulier, d'un grevé ou appelé de substitution.

Notre clause d'attribution a donc également pour effet d'exempter la licitation du droit de transcription dans les hypothèses où l'administration pourrait l'exiger.

CHAPITRE III

DE LA TAXE JUDICIAIRE DE 0 FR. 25

Loi du 26 janvier 1892.

La loi de finances du 26 janvier 1892, portant fixation du budget de l'année 1892, crée, dans ses articles 15 et 16, une taxe judiciaire de 0 fr. 25 %, en remplacement d'impôts supprimés ou réduits dans ses articles précédents, et elle assujettit à cette taxe : « 3° les jugements ou procès-verbaux judiciaires, portant adjudication de meubles ou immeubles, sur le prix augmenté de toutes les charges, dans lesquelles ne seront pas compris les droits dus sur le jugement d'adjudication ; 4° les adjudications de meubles ou d'immeubles renvoyées devant notaire commis, dans lesquelles ne seront pas comptés les droits dus sur le procès-verbal d'adjudication. »

Il résulte donc de ces dispositions que la taxe judiciaire doit être perçue, que l'adjudication soit prononcée par notaire commis, ou à la barre du tribunal.

La clause d'attribution produit-elle un effet sur la

perception de cette taxe ? A lire les deux dispositions rapportées ci-dessus, il semble que la loi n'ait voulu imposer que les jugements ou procès-verbaux d'adjudication ; nous avons vu que la clause d'attribution avait justement pour effet d'éviter que l'adjudication ne soit prononcée, qu'aucune mutation de propriété n'avait lieu, qu'il ne pouvait donc être question de prix, et qu'il ne s'agissait là que d'un acte de partage ; or, la loi de 1892 ne soumet pas les actes de partage à la taxe judiciaire.

Le projet de loi voté par la Chambre des députés, contenait, au contraire, une alinéa 7 qui soumettait à la dite taxe « les états liquidatifs et partages dressés par les notaires en vertu d'une commission de justice et qui ne sont pas sujets à homologation, sur l'actif net partagé ou liquidé. » Mais la commission du Sénat a supprimé, dans sa rédaction, l'alinéa 7. M. Trarieux, rapporteur, estimait qu'aucune taxe ne pouvait être perçue en dehors des décisions de justice qui peuvent en justifier l'assiette. Ce fut cette rédaction qui fut adoptée, et il nous semble donc que, en vertu même de l'argument du rapporteur au Sénat, en présence d'une clause d'attribution, la taxe de 0 fr. 25 % ne devait pas être perçue, puis qu'il n'y avait pas de décision de justice.

Quelle que soit la force de ces arguments, la jurisprudence s'est fixée dans un sens contraire ; à part un jugement de Lons-le-Saulnier, du 20 décembre

1898, les tribunaux, devant lesquels la question a été portée, ont tous jugé que la taxe judiciaire était exigible. « Attendu, dit un jugement du tribunal de Lille, en date du 18 juillet 1892 (*Journal notarial*, n° 28.030), que la taxe judiciaire de 0 fr. 25 %, édictée par la loi du 26 janvier 1892, est un impôt spécial, complètement distinct du droit de mutation, et dû à raison du service rendu par la justice ; que ce droit proportionnel devait être le même, que l'adjudication fût prononcée au profit d'un colicitant vendeur ou d'un tiers, surtout en présence de la clause d'attribution du cahier des charges, dont l'effet était de fixer seulement la valeur de l'immeuble. » Ce sont là les solutions adoptées également par les tribunaux de Nantes (Jugement du 28 février 1901, *Revue de l'Enregistrement*, n° 2.684), de Guingamp et de Saint-Brieuc (déjà cités).

Les tribunaux ne se préoccupent donc pas de savoir s'il y a eu ou non adjudication, ils ne s'en tiennent pas aux termes de la loi, mais cherchent à déterminer s'il est dans l'intention du législateur de soumettre l'acte dont s'agit à la taxe.

Pour eux, cette taxe est un impôt de remplacement, elle a été créée comme compensation à la réduction ou à la suppression de certains impôts payés précédemment, comme le droit de greffe, le timbre et l'enregistrement des actes d'avoué à avoué, etc....

La taxe de 0 fr. 25 % a le même objet que ces im-

pôts supprimés, elle est la rémunération d'un service judiciaire rendu : par conséquent, puisque le service judiciaire a été rendu et que toute la procédure de licitation a profité de la réduction ou de la suppression des anciens impôts, il est juste de faire payer la taxe de remplacement.

Nous ne pouvons suivre les tribunaux dans leur raisonnement : lorsqu'une affaire est à la veille d'être plaidée, que toute la procédure a été suivie et a profité de la suppression des impôts, si une transaction intervient à ce moment entre les parties, la taxe judiciaire ne sera certainement pas perçue, et, pourtant, le raisonnement des tribunaux pourrait ici également s'appliquer. La clause d'attribution est une véritable transaction intervenue entre les parties, elle est une renonciation aux formes judiciaires du partage.

Il faut donc s'en tenir aux termes mêmes de la loi et des travaux préparatoires, et décider que l'absence de décision judiciaire rend impossible la perception de la taxe de 0 fr. 25 % et qu'en conséquence, l'absence d'adjudication produit le même effet.

CHAPITRE IV

LICITATION INFÉRIEURE A 2.000 FRANCS

Loi du 23 octobre 1884.

De tout temps, la réduction des frais de justice a été réclamée ; ces réclamations sont aussi anciennes que la procédure judiciaire elle-même.

La procédure est un ensemble de formalités destinées à protéger contre la fraude, le dol et les surprises, les intérêts des citoyens, mais, malheureusement, l'application de ces formalités nécessite des frais excessifs et souvent en disproportion avec les intérêts en litige. La loi du 23 octobre 1884 a remédié, en partie, bien faiblement, à cet inconvénient pour les ventes judiciaires d'immeubles dont le prix d'adjudication est inférieur à 2.000 francs.

Avant la loi de 1884, les frais de justice pour les petites adjudications, absorbaient entièrement la valeur des propriétés. On lit, dans le rapport de M. Humbert, garde des sceaux, que, de 1876 à 1880, le prix moyen des ventes d'immeubles de 500 francs et moins a été de 289 francs, et que les frais ont été, en

moyenne, par vente, de 392 francs; que le prix moyen des adjudications d'immeubles de 501 francs à 1.000 francs, a été de 754 francs, et que les frais ont été, par vente, de 410 francs. Il résulte donc, de ces statistiques, que les frais de justice pour les ventes au-dessous de 500 francs dépassaient le prix d'adjudication, et l'on voit combien la loi de 1884, qui venait ainsi dégrever les petites propriétés, était justifiée. La dite loi décide, en effet, que, dans toutes ventes judiciaires, lorsque le prix d'adjudication ne dépassera pas 2.000 francs, « toutes les sommes payées au Trésor public, pour droits de timbre, d'enregistrement, de greffe, d'hypothèque, applicables aux actes rédigés en exécution, seront restitués ».

L'administration de l'enregistrement a adressé à ses agents une instruction, n° 2.074, à la date du 23 décembre 1884, pour l'exécution de la dite loi, et elle décide, dans son article 6, que, « si la poursuite est abandonnée, ou si la vente amiable est substituée à la vente judiciaire, la loi cesse de recevoir son exécution à l'égard des biens qui font l'objet de cette poursuite ou de cette vente ».

Cette décision doit nécessairement nous conduire à penser que la clause d'attribution dans le cahier des charges d'une licitation inférieure à 2.000 francs, rend inapplicable le bénéfice de la loi de 1884. Le texte même de la loi devait nous conduire à cette solution rigoureuse, et, pour rester fidèle à l'interpré-

litation stricte des textes, nous devons reconnaître, à notre regret, que l'administration de l'enregistrement a raison de se refuser à restituer les droits perçus. La loi s'applique, en effet, aux ventes judiciaires, il faut donc qu'il y ait licitation, et nous avons justement soutenu que la clause d'attribution rendait impossible la licitation.

Le tribunal de Carpentras a décidé, le 2 décembre 1903 (*J. E.*, n° 26.703), que, quand le cahier des charges préalable à une licitation judiciaire inférieure à 2.000 francs contenait notre clause, et que la dernière enchère est mise par un colicitant, le procès-verbal d'enchères, dressé en conformité de cette clause, ne constitue pas une vente, au sens légal du mot, et ne saurait justifier l'application aux actes de la procédure de la loi du 23 octobre 1884, dont le bénéfice doit être restreint aux ventes.

« Attendu, déclare le dit jugement, que la clause dont s'agit a enlevé à la procédure son caractère de vente judiciaire en ne permettant pas l'adjudication de l'immeuble mis en vente. »

Bien qu'approuvant antérieurement les dispositions de cette solution, faisons remarquer que, pour réclamer la taxe de 0 fr. 25 %, la régie soutient, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, qu'il y a vente, mais que, quand il s'agit de restituer, elle prétend le contraire. C'est toujours le même système, les actes de-

vraient être appelés de la façon la plus avantageuse au fisc.

Un jugement du tribunal de Gap, du 29 décembre 1909 (*R. D.*, n° 16.903), a cru pourtant pouvoir admettre la solution contraire : « Attendu, dit-il, qu'il y a pour la licitation avec clause d'attribution et pour la licitation ordinaire, la même procédure à suivre, le même prix à assigner à la valeur des immeubles licités, et, en l'espèce, la même soulte à rembourser ; que, de plus, la loi du 23 octobre 1884 vise toutes les ventes judiciaires d'immeubles, dont le prix ne dépasse pas 2.000 francs, et, par conséquent, n'en excepte aucune... » Nous ne pouvons accepter cette solution en contradiction complète avec les principes que nous avons posés, et nous pensons, quelque regrettable que cela puisse être, qu'il ne faut pas faire usage de la clause d'attribution dans les licitations judiciaires inférieures à 2.000 francs.

CHAPITRE V

DU DROIT DE TIMBRE

La loi de finance du 22 avril 1905 a porté les droits d'enregistrement à percevoir sur les ventes d'immeubles de 5 fr. 50 % à 7 fr. %, mais comme compensation à cette augmentation, elle a décidé, dans ses articles 6 et 7, « que minutes, originaux et expéditions des actes ou procès-verbaux de vente, licitation ou échange d'immeubles, ainsi que les cahiers des charges relatifs à ces mutations, sont affranchis de tous droits de timbre, mais que l'exemption du timbre n'est pas applicable aux actes, procès-verbaux et cahier des charges qui contiennent des dispositions indépendantes dans le sens de l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII ».

Cette loi s'applique-t-elle aussi au cahier des charges contenant une clause d'attribution et aux procès-verbaux d'enchères contenant réalisation de la dite clause ?

Il est bien certain que l'insertion dans un cahier des charges d'une clause d'attribution, ne constitue pas, ainsi que l'a reconnu la régie elle-même dans une solution du 14 avril 1906, une disposition indé-

pendante dans le sens de la loi de frimaire an VII, et qu'en conséquence le cahier des charges peut bénéficier des dispositions de la loi de 1905 et être rédigé sur papier non timbré.

Mais, d'autre part, la réalisation de la clause constatée dans le procès-verbal d'adjudication, constitue certainement une disposition indépendante ; elle est, en effet, une véritable opération de partage et n'a aucun rapport par sa nature avec les adjudications qui ont pu se produire pour d'autres immeubles de la succession et à l'occasion desquelles elle est intervenue ; et ce principe s'applique au procès-verbal d'adjudication pris dans son ensemble, il doit donc être entièrement rédigé sur papier timbré.

La régie, dans la solution précitée, indique un moyen d'éviter, tout au moins en partie, la perception du droit de timbre : il faut supposer que la licitation des immeubles comprenne plusieurs lots et que la réalisation de la clause d'attribution ne se produise que pour l'un d'eux ; il suffit, dans cette hypothèse, de dresser un acte séparé pour constater le résultat des enchères de chacun des lots : il n'y a lieu, alors, de rédiger sur papier timbré que les parties du procès-verbal qui ne peuvent bénéficier de la dispense accordée par la loi de 1905.

Signalons également une solution de la régie du 10 juillet 1906, qui décide que le cahier des charges et le procès-verbal de la vente qui constituent, par leur

réunion, le titre commun de mutation, sont judiciairement indivisibles et ne peuvent être traités différemment au point de vue du droit de timbre.

Dans ces conditions, si le cahier des charges ne contient pas de dispositions indépendantes, il est immédiatement passible du timbre et le procès-verbal d'adjudication l'est également ; si, au contraire, le cahier des charges ne contient pas de dispositions indépendantes, il peut être rédigé sur papier non timbré, mais le droit de timbre devient rétroactivement exigible sans pénalité sur le cahier des charges, lorsque le procès-verbal d'adjudication contient des dispositions de cette nature le rendant lui-même passible du droit.

Ces principes ont été adoptés par la jurisprudence : deux jugements ont été rendus en cette matière, et tous deux se sont prononcés pour la perception du droit de timbre (Tribunal civil d'Abbeville, 20 mai 1908, *R. P. Garnier*, n° 11.724 ; Tribunal civil de Bourges, 13 janvier 1911, *R. P. Garnier*, n° 12.335).

Nous ne pouvons qu'accepter ces décisions qui nous semblent faire une juste interprétation des textes et des principes que nous avons admis. Mais qu'il nous soit permis de regretter que les promesses d'attribution, contenues dans les procès-verbaux d'enchères si intimement liés à la licitation, ne figurent pas parmi les exceptions énumérées par l'article 7 de la loi du 22 avril 1905.

CONCLUSION

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude que nous nous étions proposé de faire ; nous avons exposé les différentes difficultés que la clause d'attribution fait naître dans ses rapports avec le droit civil et le droit fiscal ; il ne nous reste donc plus qu'à dégager, des solutions que nous avons admises au cours de notre travail, les conclusions que cette étude nous a suggérées.

La pratique a créé, ainsi que nous l'avons vu, la clause d'attribution pour éviter le paiement de droits excessifs que la jurisprudence autorise. A-t-elle réussi ? Il est bien certain qu'au point de vue purement fiscal, quelle que soit la décision de la cour de cassation du 19 octobre 1903, à laquelle nous ne nous arrêtons pas, la pratique a atteint le but qu'elle s'était proposé : chaque fois que la clause d'attribution est insérée dans un cahier des charges, et qu'il y a réalisation de la dite clause, le droit proportionnel de 4 % ne sera perçu que sur ce qui excède les droits du colicitant dernier enchérisseur dans la masse à partager. Les notaires parviennent donc bien à dé-

jouer les exigences de la régie et de la jurisprudence.

Mais, malheureusement, l'usage de cette clause vient heurter certains principes du droit civil qui en restreint considérablement l'emploi.

Et les notaires et avoués de province, qui seuls firent jamais usage de la dite clause, ont dû reconnaître assez vite que cet emploi n'était pas sans danger ; c'est pourquoi l'Association des notaires de province publia, dans l'un de ses bulletins de l'année 1907, un article sur ce sujet ; elle attirait l'attention des notaires sur les différentes difficultés que la clause d'attribution faisait naître, et leur recommandait de n'en faire usage qu'avec prudence.

Les notaires et avoués de Paris ne se sont, au contraire, jamais décidés à l'employer, ils préfèrent, quand ils ne peuvent l'éviter, payer les droits exigés par l'enregistrement. Mais, du reste, dans la pratique, il est bien rare que les droits d'enregistrement soient payés sur ce qui excède la part du colicitant adjudicataire dans le lot à lui adjugé ; les notaires et avoués s'entendent, à cet effet, pour que les licitations soient fixées de telle sorte qu'il soit possible de soumettre simultanément à l'enregistrement l'acte de partage et le jugement d'adjudication, et ainsi le colicitant adjudicataire ne paie que des droits réduits.

Dans ces conditions, nous pensons que ce qui est fait par les officiers ministériels de Paris peut l'être également par ceux de province, et qu'en conséquence

la clause d'attribution ne doit être employée que quand il n'est pas possible d'éviter autrement le paiement de droits excessifs. S'il est à prévoir qu'il sera absolument impossible de présenter en même temps l'acte de partage et le jugement ou procès-verbal d'adjudication et qu'aucun mineur n'est intéressé au partage, nous jugeons utile alors l'emploi de la clause d'attribution, mais nous conseillons que le cahier des charges contienne également réserve de surenchère dans les termes du droit commun, afin de sauvegarder les intérêts de tous, et qu'aucune contestation ne puisse être soulevée.

Nous condamnons, au contraire, la clause d'attribution en présence de mineurs, parce que l'emploi de cette clause entraîne, à notre avis, la nullité de la procédure. Enfin, dans les licitations inférieures à 2.000 francs, nous conseillons de ne pas en faire usage, le bénéfice de la loi de 1884 pour ces licitations est préférable au bénéfice de la clause d'attribution.

Vu :
Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu :
Le Président de la thèse,
CAPITANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER.
